

BIJDRAGEN

Ontslag wegens onbekwaamheid of ongeschiktheid. Hoe oordeelt de Centrale Raad van Beroep?

door

PROF. MR. G.L. COOLEN

‘Inmiddels heeft de Raad in zijn uitspraak, gepubliceerd in AB 2001, 203, overwogen dat het ambtenaarschap dat door aanstelling als zodanig is ontstaan, niet langs andere weg verloren kan gaan dan door ontslagverlening op een van de daartoe in de wet- en regelgeving vastgelegde grondslagen (...).’ (CRvB 31 januari 2002, TAR 2002, nr. 89.)

Inleiding

Het ontslag van militaire ambtenaren vindt regeling in hoofdstuk 6 van het Algemeen militair ambtenarenreglement (AMAR). Op welke gronden een militair kan worden ontslagen, is bepaald in artikel 39 en 40 AMAR. Artikel 39, eerste lid, ziet op het ontslag op aanvraag; artikel 39, tweede lid, en artikel 40 op ongevraagd ontslag. Ook de Militaire Ambtenarenwet 1931 (MAW) bevat een bepaling inzake ontslag. Ingevolge artikel 12g, tweede lid, MAW kan een militair worden ontslagen, indien hij op grond van het bepaalde in artikel 5, derde lid, of artikel 10, tweede lid, van de Wet veiligheidsonderzoeken uit een vertrouwensfunctie moet worden ontheven. Nadere regels zijn te vinden in artikel 45 AMAR (dat als opschrift draagt: ontslag wegens onvoldoende waarborg voor getrouwe plichtsvervulling).

De gronden waarop ongevraagd ontslag kan worden verleend, vormen een gesloten stelsel. Te onderscheiden valt tussen algemene gronden en bijzondere gronden. Een algemene ontslaggrond vormt bijvoorbeeld het bereikt hebben van de geldende ontslagleeftijd. Bijzondere ontslaggronden zijn er vele. De vier meest voorkomende zijn:

- blijvende ongeschiktheid voor het vervullen van de dienst uit hoofde van een ziekte of een gebrek;
- ontheffing van de initiële opleiding wegens het niet voldoen aan de bij de opleiding gestelde eisen;
- onbekwaamheid of ongeschiktheid voor de functie die wordt bekleed of waarvoor men is bestemd;
- wangedrag in de dienst, dan wel buiten de dienst voorzover dit voor de dienst schadelijk is of kan zijn.

Samenloop van ontslaggronden

Het kan voorkomen dat, indien is besloten een militair te ontslaan, zich meer dan één ontslaggrond voordoet. Is dit het geval, dan is het tot ontslag bevoegde gezag tot op zekere hoogte vrij in de keuze tussen deze gronden. Zie hieromtrent CRvB 17 maart 2005, TAR 2005, nr. 83: ‘(De Raad) stelt voorop dat, zoals hij eerder heeft overwogen (...), in een geval waarin ook andere gronden voor ontslag zijn aan te wijzen het bestuursorgaan bij samenloop van ontslaggronden een zekere keuzevrijheid toekomt.’ Het besluit dat uiteindelijk wordt genomen, mag echter niet in strijd komen met een algemeen rechtsbeginsel of een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Zie voor een geval waarin zich een zodanige strijd voordeed: CRvB 10 oktober 1988, MRT 1989, p. 358: ‘Dienaan-

gaande overweegt de Raad dat (...) in de onderhavige gevallen het kenmerkende van de situatie van gedaagden in een zo doorslaggevende mate in de medische ongeschiktheid is gelegen, dat, mede gelet op mogelijke toekomstige belangen van gedaagden in de pensioensfeer, eiser de keuze niet in redelijkheid op artikel 39, tweede lid onder j, had mogen laten vallen, doch de weg van artikel 39, tweede lid onder g, AMAR had behoren te bewandelen.’¹ En zie voor een geval waarin niet van een zodanige strijd kon worden gesproken: CRvB 6 april 2005, MRT 2005, p. 301, m.nt. G.L.C.: ‘Het komt de Raad niet onjuist of onredelijk voor dat gedaagde - nadat bleek dat appelland voldeed aan de eisen voor een ontslag op grond van artikel 39, tweede lid onder f, AMAR - gekozen heeft voor de voor appelland meest gunstige ontslaggrond als gevolg waarvan appelland nog ruim een jaar (extra) ontslagbescherming heeft genoten.’

Ook moet het bestuur bevoegd worden geacht om, indien aan een ontslagbesluit een gebrek kleeft, het besluit - zolang het ontslag nog niet is ingegaan - in te trekken en door een nieuw besluit worden vervangen. Ook hier geldt dat het nieuwe besluit niet in strijd mag komen met een algemeen rechtsbeginsel of een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Zie in dit verband bijvoorbeeld CRvB 9 maart 2006, TAR 2006, nr. 112: ‘Zoals de Raad heeft overwogen in zijn uitspraak van 16 augustus 2001, TAR 2001, nr. 155, is het, indien aan een ontslagbesluit een - niet de ingangsdatum betreffend - gebrek kleeft dat ertoe leidt dat een nieuw ontslagbesluit wordt genomen, niet ten principale ongeoorloofd om de oorspronkelijke ingangsdatum van het ontslag te handhaven, indien die handhaving althans de toetsing aan het geschreven en ongeschreven recht kan doorstaan, waarbij met name valt te denken aan de beginselen van rechtszekerheid en zorgvuldigheid.’

Onbekwaamheid en ongeschiktheid

Artikel 39, tweede lid onder j, AMAR spreekt van onbekwaamheid of ongeschiktheid voor de functie die wordt bekleed of waarvoor betrokkene is bestemd. Wat onder onbekwaamheid en wat onder ongeschiktheid moet worden verstaan, zeggen de voorschriften niet. Taalkundig houdt onbekwaamheid een gebrek in aan kunde of aan kennis, terwijl ongeschiktheid meer wijst in de richting van het niet bezitten van de vereiste eigenschappen. Anderzijds: wie onbekwaam is een bepaalde functie te vervullen, is voor die functie ook ongeschikt.

In de jurisprudentie worden beide begrippen veelal naast elkaar gebruikt, zo bijvoorbeeld in CRvB 1 november 2001, MRT 2002, p. 229, m.nt. G.L.C.: ‘Het vorenstaande betekent dat de Raad van oordeel is dat gedaagde op goede gronden tot het standpunt is gekomen dat ten aanzien van appelland (in wiens auto een niet onaanzienlijke hoeveelheid drugs was aangetroffen) sprake was van onbekwaamheid of ongeschiktheid voor de door hem beklede functie, anders dan op grond van ziels- of lichaamsgebreken.’² Soms wordt ook alleen van ongeschiktheid gesproken; zie bijvoorbeeld CRvB 1 augustus 2002, MRT 2003, p.106, m.nt. G.L.C.: ‘De Raad heeft in inmiddels vaste jurisprudentie aanvaard dat een militair die niet (langer) uitzendbaar is, slechts beperkt inzetbaar is en daarmee naar objectieve maatstaven ongeschikt is te achten voor de vervulling van de functies waarvoor hij is bestemd, als bedoeld in artikel 39, tweede lid onder j, AMAR.’

Volgens vaste jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep moet in geval van on-

¹) Destijds zag artikel 39, tweede lid onder j, AMAR op ontslag wegens ontheffing van de initiële opleiding; en artikel 39, tweede lid onder g, op ontslag wegens ongeschiktheid uit hoofde van een ziekte of een gebrek.

²) Zie bijvoorbeeld ook CRvB 6 juli 2006, TAR 2006, nr. 157.

geschiktheid sprake zijn van het ontbreken van eigenschappen, mentaliteit en instelling die voor het op goede wijze vervullen van de functie zijn vereist. Ook dient het bestaan van de ongeschiktheid te kunnen worden aangetoond aan de hand van concrete gedragingen van de ambtenaar. Zie hieromtrent bijvoorbeeld CRvB 29 april 2004, TAR 2004, nr. 111: ‘Volgens vaste jurisprudentie van de Raad moet ongeschiktheid als hier aan de orde - zich uitend in het ontbreken van eigenschappen, mentaliteit en instelling die voor het op goede wijze vervullen van de functie vereist zijn - worden aangetoond aan de hand van concrete gedragingen van de ambtenaar.’ Omdat onbekwaamheid kan worden gezien als een species van het genus ongeschiktheid, moet in voorkomende gevallen ook onbekwaamheid - zich uitend in het ontbreken van kennis of kunde - aan de hand van concrete gedragingen kunnen worden aangetoond.

Onbekwaamheid of ongeschiktheid, anders dan

Ontslag met toepassing van artikel 39, tweede lid onder *j*, AMAR kan slechts worden verleend ‘voorzover het bepaalde onder *f* of *g* niet toepasselijk is’. Het bepaalde onder *f* ziet op ongeschiktheid uit hoofde van een ziekte of een gebrek; het bepaalde onder *g* op ongeschiktheid op grond van de bereikte leeftijd. Voordat tot ontslag met toepassing van artikel 39, tweede lid onder *j*, AMAR kan worden besloten, dient dus vast te staan dat niet kan worden gesproken van onbekwaamheid of ongeschiktheid uit hoofde van een ziekte of een gebrek, noch van ongeschiktheid in verband met de bereikte leeftijd. Dit betekent niet dat een militair in alle gevallen - alvorens hij wegens onbekwaamheid of ongeschiktheid kan worden ontslagen - aan een geneeskundig onderzoek dient te worden onderworpen. Een zodanig onderzoek is uitsluitend vereist ‘in die gevallen waarin aanwijzingen voorhanden zijn dat de ongeschiktheid (...) mede voorkomt uit of samenhangt met een ziekte of gebrek of waarin gerede twijfel bestaat of het onvoldoende functioneren (...) wordt veroorzaakt door eigenschappen van karakter, geest of gemoed dan wel door ziekten of gebreken’ (CRvB 8 juni 2006, TAR 2007, nr. 23).

Indien een militair in een geval als bedoeld weigert mee te werken aan een geneeskundig onderzoek, kan hij in geval van ongeschiktheid, (gewoon) met toepassing van artikel 39, tweede lid onder *j*, AMAR. Zie hieromtrent CRvB 19 augustus 2006, TAR 2006, nr. 186: ‘Gegeven het disfunctioneren van appelland als zodanig en aangezien niet is gebleken dat dit disfunctioneren medische oorzaken had, kon de Korpsbeheerder zich naar het oordeel van de Raad in redelijkheid op het standpunt stellen dat het ontslag wegens ongeschiktheid op andere dan medische gronden moest worden gehandhaafd.’

Blijvende onbekwaamheid of ongeschiktheid

Artikel 39, tweede lid onder *j*, AMAR spreekt niet, zoals artikel 39, tweede lid onder *f*, van *blijvende* onbekwaamheid of ongeschiktheid. Toch kan onbekwaamheid of ongeschiktheid logischerwijs slechts als ontslaggrond dienen indien sprake is van een min of meer blijvende situatie. Dit is sedert lang ook het standpunt van de Centrale Raad van Beroep. Zie hieromtrent CRvB 1 juli 1970, MRT 1971, p. 58: ‘Overwegende dat naar ’s Raads oordeel van onbekwaamheid of ongeschiktheid, in een geval als hier aan de orde, slechts sprake mag zijn indien een meer permanente situatie dan de onderhavige aanwezig is, gelijk ook geldt in een geval van ongeschiktheid uit hoofde van ziekte of gebreken.’

Vermeldenswaard in dit verband is eveneens CRvB 7 november 2002, MRT 2003, p. 185, m.nt. G.F.W. De zaak betrof een onderofficier die wegens ongeschiktheid uit de dienst was ontslagen: de over hem in een tijdsbestek van vijf jaar opgemaakte beoor-

delingen waren alle beneden de maat. Tegenover de stelling van de onderofficier dat in zijn geval niet van ongeschiktheid als bedoeld in art. 39, tweede lid onder *j*, AMAR kon worden gesproken, overwoog de Raad: ‘Blijkens de beoordelingen die in een reeks van jaren zijn opgemaakt over het functioneren van appelland in een operationele functie van groepscommandant, voldoet appelland bepaald niet aan de eisen die de vervulling van operationele functies, die het merendeel uitmaken van de functies en groepen van functies waarvoor appelland is bestemd, stelt.’

Beperkte inzetbaarheid

Artikel 19, tweede lid, AMAR bepaalt dat elke militair gehouden is de hem toegewezen functie te vervullen. Indien een militair in een bepaald geval hiertoe niet in staat is - hij kan bijvoorbeeld wegens gezinsomstandigheden niet worden uitgezonden - spreekt men van *beperkte inzetbaarheid*. Ingevolge artikel 19, vierde lid, AMAR kunnen aan beperkte inzetbaarheid ‘consequenties worden verbonden met betrekking tot de toekomstige functietoewijzing’. Zo kan worden bepaald dat een beperkt inzetbare militair enige tijd niet voor bevordering in aanmerking zal komen.

Beperkte inzetbaarheid kan ook leiden tot ontslag wegens onbekwaamheid of ongeschiktheid. Zie hieromtrent CRvB 7 september 2000, MRT 2001, p. 167, m.nt. G.L.C.: ‘Gedaagde stelt zich op het standpunt dat het tot de (gewijzigde) taakstelling behoort van de krijgsmacht een bijdrage te leveren aan de handhaving van de internationale rechtsorde en dat elke militair bereid dient te zijn om in dat kader te worden uitgezonden. Gedaagde acht appelland als gevolg van zijn weigerachtige opstelling ten aanzien van uitzendingen in VN-verband slechts beperkt inzetbaar en hij acht hem daarom voor de vervulling van zijn functie of voor de vervulling van functies binnen de groepen van functies, waarvoor hij is bestemd, ongeschikt als bedoeld in artikel 39, tweede lid onder *j*, van het AMAR. De Raad acht dit standpunt in rechte houdbaar.’³

Geen andere passende functie

Ingevolge artikel 43, eerste lid, AMAR kan ontslag wegens onbekwaamheid of ongeschiktheid aan een voor *onbepaalde* tijd aangestelde militair slechts worden verleend, indien het niet mogelijk is gebleken hem bij het eigen krijgsmachtdeel - of, indien dit niet mogelijk is, bij een ander krijgsmachtdeel - een andere passende functie toe te wijzen, dan wel indien hij een zodanige functie heeft geweigerd te aanvaarden. Zoals in de nota van toelichting valt te lezen wordt deze eis gesteld zowel uit sociale overwegingen, als ‘om te bewerkstelligen dat het in de organisatie aanwezige potentieel zo goed mogelijk wordt benut’. De eis heeft echter, gelet op het thans bij Defensie gevoerde beleid, nog slechts geringe betekenis. Zie hieromtrent bijvoorbeeld CRvB 1 augustus 2002, MRT 2003, p. 106, m.nt. G.L.C. De zaak betrof een voor onbepaalde tijd aangestelde beroepsofficier die wegens ongeschiktheid uit de dienst werd ontslagen. De staatssecretaris van Defensie achtte hem ongeschikt, omdat hij ‘vanwege de thuissituatie’ niet langer uitzendbaar was. Tegenover de grief van de officier aan dat het voorgeschreven herplaatsingsonderzoek achterwege was gebleven, overwoog de Raad dat hieraan niet de betekenis kon worden toegekend die de officier daaraan toegekend wilde zien. ‘Gegeven het feit dat die verplichting beperkt is tot herplaatsingsmogelijkheden in functies bij de krijgsmacht (...) is immers met de vaststelling van de niet-uitzendbaarheid de uitkomst van een dergelijk onderzoek op voorhand negatief’, aldus de Raad.

³) Ook kan worden verwezen naar CRvB 1 augustus 2002, MRT 2003, p. 106, m.nt. G.L.C.

Bij het voorgeschreven herplaatsingsonderzoek dienen uitsluitend *militaire* functies in beschouwing te worden genomen, niet ook *burgerfuncties* binnen het Ministerie van Defensie. Zie hieromtrent CRvB 16 maart 2000, MRT 2001, p. 29, m.nt. G.L.C.: ‘Het betoog van appellant dat gedaagde, alvorens tot ontslag over te gaan, had moeten onderzoeken of appellant elders binnen het Ministerie van Defensie in een voor hem passende burgerfunctie geplaatst had kunnen worden, onderschrijft de Raad niet. De in dit geval van toepassing zijnde regelgeving kent een dergelijke verplichting niet en de omstandigheden van het onderhavige geval brengen niet mee dat gedaagde hiertoe wel op grond van het ongeschreven recht verplicht was.’
